

КАРИМ Восток – Консорциум прикладных исследований по международной миграции

Финансируется совместно с Европейским Союзом

Правовые аспекты управления трудовой миграцией в Украине

Валентина Субботенко

Научно-исследовательский отчет 2013/31

КАРИМ-Восток
Создание исследовательского центра по миграционным процессам и
миграционной политике на востоке Европы

Научно-исследовательский отчет
КАРИМ-Восток RR 2013/31

Правовые аспекты управления
трудовой миграцией в Украине

Валентина Субботенко

© 2013, Европейский университетский институт
Исследовательский центр имени Робера Шумана

Этот текст можно скачивать только для личных исследовательских целей. Любое дополнительное воспроизведение с другими целями, в печатном или электронном виде, требует согласия Исследовательского центра имени Робера Шумана.
Запросы следует отправлять по адресу carim.east@eui.eu

При упоминании и цитировании ссылка оформляется следующим образом:

Валентина Субботенко, Правовые аспекты управления трудовой миграцией в Украине,
CARIM-East RR 2013/31, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole
(FI): European University Institute, 2013.

ВЗГЛЯДЫ, ВЫРАЖЕННЫЕ В ЭТОМ ИЗДАНИИ, НИ ПРИ КАКИХ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАХ
НЕ МОГУТ РАССМАТРИВАТЬСЯ
КАК ОФИЦИАЛЬНАЯ ПОЗИЦИЯ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Европейский университетский институт
Badia Fiesolana
I – 50014 San Domenico di Fiesole (FI)
Италия

<http://www.eui.eu/RSCAS/Publications/>
<http://www.carim-east.eu/publications/>
<http://cadmus.eui.eu>

КАРИМ-Восток – Создание исследовательского центра по миграционным процессам и миграционной политике на востоке Европы

Проект частично финансируется Европейским союзом и является первым исследовательским центром по миграционным процессам и миграционной политике. Исследования сосредоточены на восточных соседях Европейского союза и охватывают все страны «Восточного партнерства» (Беларусь, Украина, Республика Молдова, Грузия, Армения и Азербайджан), а также Российскую Федерацию.

Две основные темы проекта:

- (1) миграция из данного региона в Европейский союз (ЕС) с акцентом на странах эмиграции и транзита на восточной границе ЕС;
- (2) региональная миграция на постсоветском пространстве.

Проект был запущен 1 апреля 2011 года по совместной инициативе Европейского университетского института (ЕУИ), Флоренция, Италия (ведущее учреждение), и Центра миграционных исследований (ЦМИ) Варшавского университета, Польша (учреждение-партнер).

Исследователи КАРИМ-Восток проводят комплексный и ориентированный на выработку политики анализ широкого спектра вопросов, связанных с мобильностью людей и основными тенденциями на рынке труда к востоку от ЕС. Они также изучают возможное воздействие этих тенденций на динамично развивающееся социально-экономическое пространство шести восточных партнеров ЕС, России и Европейского союза.

В частности, КАРИМ-Восток:

- создает широкую сеть национальных экспертов из региона, которые представляют все основные дисциплины, изучающие миграцию, трудовую мобильность и вопросы национального развития (демография, право, экономика, социология, политология).
- формирует всеобъемлющую базу данных для мониторинга масштабов миграции в регионе (как потоков, так и контингентов), соответствующих законодательных изменений и государственных политических инициатив;
- совместно с экспертами из региона, проводит систематические и специальные исследования новых миграционных вопросов на региональном и национальном уровнях;
- предоставляет ученым из региона возможность принимать участие в семинарах, проводимых ЕУИ и ЦМИ, а также возможность участвовать в программах академического обмена для аспирантов;
- предоставляет площадки, на которых национальные и международные эксперты могут взаимодействовать с политиками и чиновниками, а также с другими заинтересованными лицами из упомянутых стран.

Ознакомиться с результатами деятельности проекта можно на его вебсайте: <http://www.carim-east.eu/>

За дополнительной информацией обращайтесь:

CARIM-East
Robert Schuman Centre for Advanced Studies (EUI)
Convento
Via delle Fontanelle 19
50014 San Domenico di Fiesole
Italy
Тел.: +39 055 46 85 817
Факс: + 39 055 46 85 770
Email: carim.east@eui.eu
Исследовательский центр имени Робера Шумана
<http://www.eui.eu/RSCAS/>

Table of Contents

Аннотация	1
1. Международные договоры	2
1.1 Региональные соглашения.....	2
1.2 Двусторонние соглашения	2
2. Правовые и институциональные рамки в отношении трудоустройства граждан Украины за пределами Украины	3
2.1 Правовые рамки.....	3
2.2 Институциональные рамки	4
2.3 Критерии лицензирования частных структур по трудоустройству	5
2.4 Рекомендации	7
3. Правовые и институциональные рамки в отношении регулирования трудовой иммиграции.....	8
3.1 Определение понятия трудящегося-мигранта.....	8
3.2 Основы регулирования доступа к рынку труда в Украине.....	9
3.2.1 Иностранцы и лица без гражданства, постоянно проживающих в Украине	9
3.2.2 Иностранцы и лица без гражданства, которые на иных законных основаниях находятся на территории Украины, включая лиц, пользующихся дополнительной и временной формами защиты.....	11
3.2.3 Иностранцы и лица без гражданства, въезжающих с целью трудоустройства	12
3.3 Условия въезда и пребывания.....	15
3.4 Порядок формирования квоты иммиграции.....	18
3.5 Правовые меры для предотвращения и санкции за нелегальную трудовую миграцию.....	19
3.6 Основные вызовы на практике и институциональном применении национальной правовой системы в трудовой иммиграции.....	20
3.7 Рекомендации	21

Аннотация

В реалиях Украины вопрос о существовании правовой и институциональной системы управления трудовой миграцией является преждевременным, поскольку имеет место фрагментарное правовое регулирование трудовой миграции как граждан Украины так и иностранцев и лиц без гражданства.

Хотя двусторонние соглашения в сфере трудовой деятельности предусматривают на основании принципа взаимности доступ к рынку труда граждан Украины на территориях других государств, и, соответственно, иностранцев на территории Украины, на сегодня не разработаны национальные нормативно-правовые акты, содержащие механизм реализации этих соглашений в Украине.

Поскольку специальный закон о внешней трудовой миграции в Украине не принят, сфера трудовых отношений, как граждан Украины, так и иностранцев и лиц без гражданства, регулируется многочисленными нормативно-правовыми актами. Это часто приводит к коллизиям и неадекватному их применению. Некоторые вопросы, к сожалению, регулируются ведомственными нормативно-правовыми актами, хотя должны быть урегулированы законом: например, вопросы лицензирования хозяйственной деятельности в сфере посредничества в трудоустройстве граждан Украины за границей. Несмотря на то, что Концепция государственной миграционной политики определила основные стратегические направления, в частности, одним из них является усовершенствование законодательства в отношении внешней трудовой миграции граждан Украины, с целью реализации этой Концепции не приняты соответствующие нормативно-правовые акты.

С 1 января 2013 года в национальном законодательстве Украины устранены некоторые коллизии и пробелы в отношении регулирования права на труд иностранцев и лиц без гражданства. В частности, на законодательном уровне впервые закреплено, что иностранцы и лица без гражданства, постоянно проживающие в Украине, которых признано в Украине беженцами, которым предоставлено убежище, которых признано лицами, нуждающимися в дополнительной защите, которым предоставлено временную защиту, а также те, которые получили разрешение на иммиграцию в Украину, имеют право на занятость на основаниях и в порядке, установленных для граждан Украины.

Однако в Украине на законодательном уровне ограничен доступ к рынку труда иностранцев и лиц без гражданства, прибывших в Украину для трудоустройства на определенный срок. Такие категории иностранцев и лиц без гражданства принимаются работодателем на работу на основании полученного этим работодателем разрешения на применение труда иностранцев и лиц без гражданства. Из этого следует, что право на получение разрешения на трудоустройство в Украине у иностранца или лица без гражданства как таковое не существует, поскольку речь идет о праве работодателя на использование труда иностранцев и лиц без гражданства. Также не используется механизм привлечения иностранцев и лиц без гражданства для трудоустройства на постоянном основании: квота для иностранцев и лиц без гражданства, являющихся высококвалифицированными специалистами и рабочими, острая необходимость в которых является ощутимой для экономики Украины, за 11 лет ни разу не устанавливалась, хотя предусмотрена иммиграционным законодательством.

Концепция государственной миграционной политики не содержит четких стратегических направлений реализации государственной миграционной политики Украины и механизмов их реализации в сфере доступа иностранцев и лиц без гражданства к рынку труда в Украине. По сути это означает, что Украина и далее намерена защищать национальный рынок труда путем ограничения притока иностранной рабочей силы.

1. Международные договоры

1.1 Региональные соглашения

В соответствии с Законом Украины от 14 сентября 2006 года «О ратификации Европейской социальной хартии»¹ Украина стала участницей этой Конвенции. Статьей 1 Закона установлено, что Украина берет на себя обязательства считать Часть I Хартии декларацией целей, к осуществлению которых она будет стремиться всеми соответствующими средствами, как это определено во вступительном пункте части I Хартии. Следует принимать во внимание, что Украина сделала много оговорок к Хартии.²

Законом Украины от 16 марта 2007 года «О ратификации Европейской Конвенции о правовом статусе трудящихся-мигрантов»³ Украина ратифицировала указанную Конвенцию с оговоркой к статье 28 следующего содержания: «Украина признает право трудящихся-мигрантов на создание организаций для защиты своих экономических и социальных интересов, кроме политических партий и профессиональных союзов».

В соответствии с Законом Украины «О ратификации Конвенции о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей государств-участников Содружества Независимых Государств»⁴ Украина ратифицировала указанную Конвенцию.

Соглашение, заключенное в рамках СНГ, о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся мигрантов⁵ вступило в силу для Украины 22 августа 1995 года.

1.2 Двусторонние соглашения

Украина заключила двусторонние соглашения о трудовой деятельности и социальной защите трудящихся мигрантов с Правительствами Российской Федерации,⁶ Республики Молдова,⁷ Республики Армения,⁸ Республики Беларусь⁹ и Азербайджанской Республики¹⁰.

¹ Газета «Урядовый курьер» от 10 октября 2010 года.

² В соответствии со статьей 2 Закона Украина берет на себя обязательства считать обязательными для Украины следующие статьи и пункты части II Хартии: пункты 1, 2, 3, 4 статьи 1; пункты 1, 2, 4, 5, 6, 7 статьи 2; пункты 1, 2, 3, 4 статьи 3; пункты 2, 3, 4, 5 статьи 4; статья 5; пункты 1, 2, 3, 4 статьи 6; пункты 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 статьи 7; пункты 1, 2, 3, 4, 5 статьи 8; статья 9; пункты 1, 2, 3, 4, 5 статьи 10; пункты 1, 2, 3 статьи 14; пункты 1, 2, 3 статьи 15; статья 16; пункты 1, 2 статьи 17; пункты 1, 2, 3, 4 статьи 18, статья 20; статья 21; статья 22; статья 23; статья 24; пункты 1, 2 статьи 26; пункты 1, 2, 3 статьи 27; статья 28; статья 29; статья 30; пункты 1, 2 статьи 31. Следовательно, положения Хартии, не указанные в статье 2 Закона не являются обязательными для Украины.

³ Газета «Урядовый курьер» от 5 апреля 2007 года.

⁴ Газета «Голос Украины» от 12 января 2012 года №4.

⁵ Закон Украины от 11 июля 1995 года №290.

⁶ Официальный вестник Украины от 29 апреля 2005 года, №15, стр. 349. ст. 807; Меморандум о взаимопонимании и сотрудничестве между Министерством социальной политики Украины и Федеральной миграционной службой (Российская Федерация) по вопросам трудовой миграции подписан с целью реализации Соглашения между Правительством Украины и Правительством Российской Федерации о трудовой деятельности и социальной защите граждан Украины и России, работающих за пределами границ своих государств от 14 января 1993 года. В соответствии с пунктом 1 Меморандума Стороны намерены взаимодействовать по вопросам внешней трудовой миграции, прежде всего, по таким основным направлениям: проведение на постоянной основе работы по разъяснению трудящимся-мигрантам порядка пребывания и осуществления трудовой деятельности на территории государства трудоустройства; усовершенствование механизмов правового регулирования процессов трудовой миграции; профилактика незаконного использования работодателями труда иностранных трудящихся; предоставление государственных и частных услуг в интересах легального осуществления трудовой деятельности трудящимися-мигрантами; содействие развитию регионального сотрудничества в сфере трудовой миграции.

В соответствии с положениями этих соглашений трудовая деятельность осуществляется на основании договора (контракты). Как правило, необходимым условием доступа к рынку труда является разрешение на трудоустройство. С целью облегчения доступа к рынку труда Договаривающиеся Стороны признают на основании взаимности документы об образовании, уровне квалификации. По мнению автора, указанные соглашения не содержат четкого механизма реализации, поскольку отсутствуют нормы, регулирующие именно вопросы набора на работу трудящихся. В Украине не приняты и соответствующие национальные нормативно-правовые акты, направленные на реализацию этих соглашений.

Украина также заключила двусторонние соглашения в сфере трудовой миграции с

- Правительством Республики Польша,
- Правительством Литовской Республики,
- Правительством Латвийской Республики,
- Португальской Республикой,
- Испанией,
- Правительством Социалистической Республики Вьетнам,
- Ливией,
- Аргентинской Республикой.¹¹

Все вышеупомянутые соглашения, за исключением Соглашения между Украиной и Португальской Республикой, регулируют, на основании принципа взаимности, не только доступ граждан Украины к рынкам труда названных государств, но и доступ граждан государств, являющихся Сторонами этих Соглашений, к рынку труда в Украине.

В соответствии с положениями части первой статьи 9 Конституции Украины, действующие международные договоры, согласие на обязательность которых предоставлено Верховным Советом Украины, являются частью национального законодательства Украины.

2. Правовые и институциональные рамки в отношении трудоустройства граждан Украины за пределами Украины

2.1 Правовые рамки

В соответствии с частью первой статьи 43 Конституции Украины¹² каждый имеет право на труд, что включает возможность зарабатывать себе на жизнь трудом, который он свободно избирает или на который свободно соглашается. Понятие «каждый» включает граждан Украины, иностранцев, лиц без гражданства. Конституционное положение не связывает право на труд каждого с характером проживания на территории Украины – временным или постоянным. В соответствии с частью второй статьи 64 Конституции права, предусмотренные статьей 43 Конституции, могут быть ограничены в условиях военного или чрезвычайного положения.

(Contd.) _____

⁷ Официальный вестник Украины от 20 ноября 2006 года, №45, стр.318, ст. 3045.

⁸ Официальный вестник Украины от 19 декабря 2008 года, №94, стр. 87, ст. 3118.

⁹ Официальный вестник Украины от 25 января 2008, №3, стр. 47, ст.78.

¹⁰ Официальный вестник Украины от 29 марта 2006 года, №11, стр.70, ст. 697.

¹¹ Детальное содержание этих соглашений см. на: <http://www.carim-east.eu/database/legal-module/>

¹² Ведомости Верховного Совета Украины от 23 июля 1996 года, №30, ст.41.

Трудовые отношения регулируются Кодексом законов о труде¹³ от 10 декабря 1971 года (с последующими изменениями). В соответствии со статьей 8 этого Кодекса трудовые отношения граждан Украины, работающих за пределами Украины, регулируются в соответствии с Законом Украины «О международном частном праве».

В соответствии со статьей 52 Закона Украины «О международном частном праве»¹⁴ к трудовым отношениям применяется право государства, в котором выполняется работа, если иное не предусмотрено законом или международным договором Украины. Статья 53 Закона устанавливает, что трудовые отношения граждан Украины, работающих за границей, регулируются правом Украины в случае, если:

- i. граждане Украины работают в составе дипломатических представительств Украины;
- ii. граждане Украины заключили с работодателями – физическими или юридическими лицами Украины трудовые договоры о выполнении работы за границей, в том числе в их отдельных подразделениях, если это не противоречит законодательству государства, на территории которого выполняется работа;
- iii. это предусмотрено законом или международным договором Украины.

Правоотношения, связанные с реализацией права на труд регулируются Законом Украины «О занятости населения»¹⁵. В соответствии с подпунктом а) пункта 3 статьи 1 Закона в Украине к занятому населению принадлежат граждане, проживающие на территории государства на законных основаниях, работающие по найму на условиях полного или неполного рабочего дня (недели) на предприятиях, в учреждениях и организациях, независимо от форм собственности, в международных и иностранных организациях в Украине и за границей у физических лиц. В соответствии с абзацем шестым статьи 3 Закона государственная политика занятости населения базируется на принципе международного сотрудничества в решении проблем занятости населения, включая труд граждан Украины за границей.

Закон Украины "О порядке выезда из Украины и въезда в Украину граждан Украины"¹⁶ регулирует порядок осуществления права гражданина Украины на выезд из Украины и въезд в Украину, устанавливает документы, дающие право на пересечение гражданами Украины государственной границы, устанавливает случаи временного ограничения на выезд за пределы Украины.

2.2 Институциональные рамки

Основным органом в сфере миграции на сегодня является Государственная миграционная служба Украины. Однако полномочия в сфере трудовой миграции возложены на Министерство социальной политики Украины¹⁷. Положение о Министерстве социальной политики Украины утверждено Указом Президента Украины от 6 апреля 2011 года №389.

Минсоцполитики Украины является главным органом в системе центральных органов исполнительной власти по формированию и обеспечению реализации государственной политики в сферах занятости населения и трудовой миграции.¹⁸ Одним из основных заданий Минсоцполитики является формирование и реализация государственной политики в

¹³ Ведомости Верховного совета УССР от 17 декабря 1971 года (приложение №50).

¹⁴ Газета «голос Украины» от 29 июля 2005 года №138.

¹⁵ Газета «голос Украины» от 22 марта 1991года.

¹⁶ Газета «Урядовый курьер» от 26 марта 1994 года.

¹⁷ Министерство социальной политики Украины является правопреемником Министерства труда и социальной политики.

¹⁸ П. 1 Положения о Министерстве социальной политики Украины.

отношении регулирования рынка труда, процессов трудовой миграции, определение правовых, организационных оснований занятости населения и его защиты от безработицы.¹⁹ Министерство осуществляет нормативно-правовое регулирование в сферах занятости и трудовой миграции,²⁰ а также разрабатывает и вносит в установленном порядке предложения по вопросам занятости населения, регулирования трудовой миграции граждан Украины.²¹

2.3 Критерии лицензирования частных структур по трудоустройству

В соответствии с пунктом 32 статьи 9 Закона Украины «О лицензировании определенных видов хозяйственной деятельности»²² посредничество в трудоустройстве за границей является видом хозяйственной деятельности, подлежащей лицензированию. В соответствии со статьей 6 этого же Закона орган лицензирования утверждает лицензионные условия ведения определенного вида хозяйственной деятельности и порядок контроля за их соблюдением; выдает и переоформляет лицензии, выдает дубликаты лицензий на определенный вид хозяйственной деятельности, принимает решение о признании лицензий недействительными; осуществляет в пределах своих полномочий контроль за соблюдением лицензиатом лицензионных условий; выдает распоряжения об устранении нарушений лицензионных условий; аннулирует лицензии на определенный вид хозяйственной деятельности.

Лицензионные условия ведения хозяйственной деятельности по посредничеству в трудоустройстве на работу за границей утверждены приказом Министерства труда и социальной политики Украины от 6 сентября 2010 года №272²³.

В соответствии с пунктом 1.4 Лицензионных условий органом лицензирования хозяйственной деятельности по посредничеству в трудоустройстве за границей является Министерство труда и социальной политики Украины.

В соответствии с пунктом 1.3 Лицензионных условий деятельность по посредничеству в трудоустройстве на работу за границей – предоставление субъектами хозяйствования услуг по поиску работы в соответствии с заявками работодателей в отношении незанятых рабочих мест (вакантных должностей) и предоставление информационно-консультативных услуг о возможностях трудоустройства, условиях и размерах оплаты труда, наименовании и местонахождении работодателей.

Согласно пункту 3.1 Лицензионных условий лицензиат обязан проводить деятельность по посредничеству в трудоустройстве на работу за границей:

- только в рамках заключенного между лицензиатом и иностранным субъектом хозяйствования внешнеэкономического договора (контракта);
- при наличии копии разрешения на трудоустройство граждан Украины, выданного работодателю, если такой документ предусмотрен законодательством государства трудоустройства, или копии разрешения (лицензии) на ведение посреднической деятельности в трудоустройстве граждан Украины, если такой документ предусмотрен законодательством государства трудоустройства, а в случае, если законодательством государства трудоустройства не предусмотрено выдачу разрешений (лицензий) на трудоустройство граждан Украины, копии (извлечения) документа иностранного субъекта хозяйствования, который определяет вид его хозяйственной деятельности,

¹⁹ П. 3(2) Положения о Министерстве социальной политики Украины.

²⁰ П. 4(5) Положения о Министерстве социальной политики Украины.

²¹ П. 4(16) Положения о Министерстве социальной политики Украины.

²² Официальный вестник Украины от 21 июля 2000 года, №27, стр.1, ст.1109.

²³ Официальный вестник Украины от 22 октября 2010 года, №78, стр. 289, ст.2786.

если законодательством государства трудоустройства не предусмотрено выдачу разрешений (лицензий) на трудоустройство граждан Украины, которые должны быть удостоверены в соответствии с законодательством государства их выдачи и легализованы в консульском учреждении Украины (могут быть также удостоверены в посольстве соответствующего государства в Украине и легализованы в МИДе, если международными договорами, в которых участвует Украина, не предусмотрено иное);

- при наличии копий документа, подтверждающего факт регистрации иностранного субъекта хозяйствования в государстве нахождения, которые должны быть удостоверены в соответствии с законодательством государства их выдачи и легализованы в консульском учреждении Украины (могут быть также удостоверены в посольстве соответствующего государства в Украине и легализованы в МИДе, если международными договорами, в которых участвует Украина, не предусмотрено иное);
- при наличии заключенного коллективного договора (соглашения) между иностранным работодателем и профсоюзной организацией или их профобъединением, если такой коллективный договор (соглашение) существуют, а в случае его отсутствия справки, удостоверенной иностранным работодателем, о том, что такой договор (соглашение) не заключались;
- при наличии заключенного между лицензиатом и клиентом письменного договора (контракта) о предоставлении услуг в трудоустройстве на работу за границей;
- при наличии помещения (офиса) для ведения хозяйственной деятельности по посредничеству в трудоустройстве на работу за границей.

В соответствии с пунктом 3.3.5 Лицензионных условий при заключении внешнеэкономического договора (контракта) лицензиат должен получить от иностранного субъекта хозяйственной деятельности удостоверенный иностранным работодателем проект трудового договора, который должен соответствовать законодательству государства трудоустройства и международным соглашениям Украины, а также содержать основные реквизиты работодателя, условия труда его оплаты и проживания на территории государства трудоустройства, социальной защиты (в частности, страхования), срок действия договора, условия продления его действия и расторжения, порядок покрытия транспортных расходов. Также при заключении такого контракта лицензиат должен получить удостоверенную копию коллективного договора (соглашения) между иностранным работодателем и профсоюзной организацией или их профобъединением. Этот же пункт содержит положение о том, что коллективный договор должен соответствовать законодательству государства трудоустройства и содержать ряд требований в отношении прав и обязанностей наемного рабочего.

Согласно пункту 3.5 Лицензионных условий лицензиат, во время предоставления клиенту услуг по посредничеству в трудоустройстве на работу за границей, обязан в письменной форме заключить с ним договор (контракт) в двух экземплярах, один из которых выдается клиенту, а другой остается у лицензиата.

В соответствии с пунктом 3.6.4 Лицензионных условий до заключения с клиентом договора (контракта) о предоставлении услуг по посредничеству в трудоустройстве на работу за границей лицензиат обязан предоставить клиенту удостоверенную ним письменную достоверную информацию о характере будущей работы, общих условиях труда и проживания в государстве трудоустройства.

Таким образом, Лицензионные условия устанавливают ряд требований для лицензиата в отношении защиты трудовых прав лиц, обращающихся к лицензиату за предоставлением услуг по посредничеству в трудоустройстве.

Постановлением Кабинета Министров Украины от 19 ноября 2008 года №1013 утверждены «Критерии, по которым оценивается степень риска от ведения хозяйственной деятельности по

посредничеству в трудоустройстве за границей и определяется периодичность проведения плановых мер государственного надзора (контроля)»²⁴.

В соответствии с пунктом 2 Критериев все субъекты хозяйствования, занимающиеся деятельностью по посредничеству в трудоустройстве за границей, относятся к субъектам с высокой степенью риска.

Пунктом 3 Критериев установлено, что плановые меры государственного надзора (контроля) за деятельностью по посредничеству в трудоустройстве за границей проводятся не чаще одного раза в году.

2.4 Рекомендации

С целью усовершенствования национальной правовой системы необходимо на уровне национального законодательства Украины определить трудовые права, вопросы социальной защиты лиц, работающих за пределами Украины. С целью защиты прав граждан, пользующихся услугами посредников по трудоустройству за границей, эти правоотношения должны быть урегулированы законом, а не подзаконными нормативно-правовыми актами.

В Концепции государственной миграционной политики, утвержденной Указом Президента Украины от 30 мая 2011 года, усовершенствование законодательства в отношении внутренней и внешней трудовой миграции граждан Украины названо одним из стратегических направлений реализации государственной миграционной политики.

Также, стратегическим направлением реализации государственной миграционной политики названо усиление социальной и правовой защиты граждан Украины, работающих за границей, в том числе путем активизации международного сотрудничества, заключения международных договоров, касающихся вопросов защиты прав трудовых мигрантов, создания благоприятных условий для пересечения трудовыми мигрантами из Украины государственных границ и пребывания таких лиц в государстве трудоустройства.

В Концепции основными механизмами реализации государственной миграционной политики в сфере выезда из Украины и въезда в Украину граждан Украины являются создание условий для минимизации неурегулированной внешней трудовой миграции граждан Украины; обеспечение эффективного государственного регулирования рынка труда с целью сбалансирования спроса и предложения рабочей силы на внутреннем рынке; усиление социальной и правовой защиты граждан Украины, которые находятся за границей; проведение мониторинга внешней трудовой миграции.

Реализация этой Концепции предусматривает выполнение государственными органами следующих заданий:

- заключение двусторонних международных договоров по вопросам, связанных с защитой прав мигрантов, в частности, трудовых;
- информирование граждан Украины о ситуации на внешнем рынке труда, в том числе о законодательстве других государств по этому вопросу, факторах риска, которые возможны во время трудоустройства за границей, мотивацию переселения и проблемы мигрантов, трудности адаптации;
- разработку программ по целевой профессиональной подготовке, переподготовке, поддержке украинских трудовых мигрантов после их возвращения в Украину с целью интеграции в местный рынок труда.

²⁴ Официальный вестник Украины от 1 декабря 2008 года, №89, стр.43, ст.2987.

- Реализация положений Концепции в отношении выезда граждан Украины за границу для временного пребывания с целью трудоустройства предусматривает:
- усовершенствование законодательства с целью обеспечения реализации конституционного права граждан на социальную защиту независимо от места их жительства;
- усиление контроля за деятельностью субъектов хозяйствования, которые предоставляют услуги по посредничеству в трудоустройстве граждан Украины за границей;
- усовершенствование системы учета граждан Украины, временно пребывающих за границей с целью трудоустройства;
- разработка и осуществление при участии общественных, в том числе международных, организаций комплекса мер, нацеленных на разъяснение гражданам Украины их прав и свобод во время работы за границей, специфики законодательства государства пребывания и норм международного права в сфере трудовой миграции.

По мнению автора, Концепция определила только первые шаги в сфере регулирования трудовой миграции граждан Украины. Кроме того, практические меры являются только необходимым минимумом, которое должно обеспечить государство для усиления правовой и социальной защиты трудящихся-мигрантов, являющихся гражданами Украины.

Необходимо далее продолжать работу по заключению соглашений с государствами, на территории которых работают граждане Украины.

На национальном уровне необходимо к каждому соглашению в сфере трудовой миграции разрабатывать механизм реализации.

3. Правовые и институциональные рамки в отношении регулирования трудовой иммиграции

В самом начале нужно отметить, что применение принципа национальных преференций не предусмотрено национальным законодательством Украины. Также, применение теста экономических потребностей, определяющего объемы рынка труда, не урегулировано национальным законодательством.

Не предусматривается и мобильность иностранных рабочих внутри рынка труда. На законодательном уровне не утверждены критерии оценки профессиональных качеств и квалификации: бремя доказывания необходимости использования труда иностранца или лица без гражданства на определенном рабочем месте возложено на работодателя.

3.1 Определение понятия трудящегося-мигранта

В законах и иных нормативно-правовых актах Украины не определено понятие «трудящийся-мигрант». Принимая во внимание, что в соответствии с частью первой статьи 9 Конституции Украины действующие международные договоры, согласие на обязательность которых предоставлено Верховным Советом Украины, являются частью национального законодательства Украины, можно сделать вывод о том, что применяется понятие, определенное в пункте 1 статьи 1 Европейской Конвенции о правовом статусе трудящихся-мигрантов: «трудящийся-мигрант» означает гражданина Договаривающейся Стороны, которому иная Договаривающаяся Сторона разрешила находиться на ее территории для осуществления оплачиваемой работы. Хотя это определение не может быть универсальным, оно применимо к иностранцам, являющимся гражданами Договаривающихся Сторон.

3.2 Основы регулирования доступа к рынку труда в Украине

В реалиях Украины наверное преждевременно ставить вопрос о существовании правовой и институциональной системы управления трудовой иммиграцией. Более подходящее определение – фрагментарное правовое регулирование трудовой иммиграции.

3.2.1 Иностранцы и лица без гражданства, постоянно проживающих в Украине

Пунктом 2 статьи 6 Закона Украины «О занятости населения» установлено, что законодательство о занятости распространяется на постоянно проживающих в Украине иностранных граждан и лиц без гражданства, если иное не предусмотрено законодательством Украины. Из этого следует, что законодательство о занятости не распространяется на тех иностранцев и лиц без гражданства, которые не относятся к категории постоянно проживающих в Украине. При этом следует принимать во внимание, что в соответствии с пунктом 7 статьи 1 Закона «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства»²⁵, иностранцами и лицами без гражданства, которые находятся на территории Украины на законных основаниях, считаются иностранцы и лица без гражданства, которые в установленном законодательством или международными договорами Украины порядке въехали в Украину и постоянно или временно проживают на ее территории, или временно находятся в Украине.

Пунктом 8 статьи 1 данного Закона установлено, что иностранцы и лица без гражданства, постоянно проживающие в Украине – это иностранцы и лица без гражданства, которые получили вид на постоянное жительство, если иное не установлено законом. В соответствии с частью первой статьи 4 Закона иностранцы и лица без гражданства могут в соответствии с законом Украины иммигрировать в Украину на постоянное проживание. Согласно с абзацем шестым статьи 1 Закона Украины «Об иммиграции»²⁶ вид на постоянное жительство-документ, подтверждающий право иностранца или лица без гражданства на постоянное проживание в Украине. В соответствии с абзацем вторым статьи 1 Закона Украины «Об иммиграции» иммиграция – это прибытие в Украину или оставление в Украине в установленном законом порядке иностранцев и лиц без гражданства на постоянное проживание.

Согласно части второй статьи 4 Закона «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства» иностранцы и лица без гражданства, которых признано беженцами в Украине или которым предоставлено убежище в Украине, считаются таковыми, которые постоянно проживают на территории Украины с момента признания беженцем в Украине или предоставления убежища в Украине. Постоянное проживание на территории Украины беженцев подтверждается удостоверением беженца. Это положение корреспондируется с частью второй статьи 14 Закона «О беженцах и лицах, нуждающихся в дополнительной или временной защите»²⁷, в соответствии с которой лица, которых признано беженцами в Украине, считаются таковыми, которые постоянно проживают в Украине, со дня принятия решения о признании их беженцами.

В соответствии с частью шестнадцатой статьи 4 Закона «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства» иностранцы и лица без гражданства, которые до принятия решения о прекращении гражданства Украины постоянно проживали на территории Украины и после принятия решения о прекращении гражданства Украины остались постоянно проживать на ее территории, считаются таковыми, которые постоянно проживают в Украине.

²⁵ Газета «Голос Украины» от 25 октября 2011 года №199.

²⁶ Газета «Урядовий кур'єр» от 7 июля 2001 года №119.

²⁷ Газета «Голос Украины» от 3 августа 2011 года №142.

Таким образом, исходя из положений пункта 2 статьи 6 Закона Украины «О занятости населения» законодательство о занятости распространяется на постоянно проживающих в Украине иностранцев и лиц без гражданства, которые:

- иммигрировали в Украину на постоянное жительство в соответствии с Законом Украины «Об иммиграции»;
- признаны беженцами в Украине;
- которым предоставлено убежище в Украине (таковых пока не существует);
- до принятия решения о прекращении гражданства Украины постоянно проживали на территории Украины и после принятия такого решения остались постоянно проживать на ее территории.

Следует также принимать во внимание, что в соответствии с пунктом 4 «Заключительных положений» Закона Украины «Об иммиграции» признаны имеющими разрешение на иммиграцию в Украину:

- иностранцы и лица без гражданства, прибывшие на постоянное жительство до вступления в силу этого Закона и имеющие в паспорте гражданина бывшего СССР образца 1974 года отметку о прописке или получили разрешение на постоянное проживание в Украине;
- иностранцы и лица без гражданства, которые вынуждены были оставить места постоянного жительства в Автономной Республике Абхазия Грузии, прибыли в Украину, получили в установленном порядке временную справку и прожили в Украине не менее чем пять лет, а также их несовершеннолетние дети, прибывшие в Украину вместе с ними до достижения совершеннолетия, и обратились с заявлениями о выдаче им вида на постоянное жительство в Украине;
- иностранцы и лица без гражданства, прибывшие в Украину до 6 марта 1998 года по Соглашению между Правительством Социалистической Республики Вьетнам и Правительством СССР о направлении и приеме вьетнамских граждан на профессиональное обучение и работу на предприятия и в организации СССР от 2 апреля 1981 года, остались проживать в Украине и обратились в течение шести месяцев со дня вступления в силу этого Закона с заявлением о выдаче им вида на постоянное жительство в Украине;
- иностранцы и лица без гражданства, прибывшие в Украину детьми-сиротами в связи с вооруженными конфликтами в местах их постоянного проживания и воспитываются или воспитывались в государственных детских учреждениях или в детских домах семейного типа или над которыми установлено или было установлено опеку или попечительство граждан Украины. Лицам, указанным в пункте 4 «Заключительных положений» Закона Украины «Об иммиграции» вид на постоянное жительство выдается по их заявлению или заявлениях их законных представителей без оформления разрешения на иммиграцию.

Пунктом 13 Порядка выдачи, продления срока действия и аннулирования разрешений на использование труда иностранцев и лиц без гражданства²⁸ установлено, что работодатели имеют право на использование труда иностранцев и лиц без гражданства, постоянно проживающих в Украине, и иных иностранцев, в случаях предусмотренных международными соглашения, согласие на обязательность которых предоставлено Верховным Советом Украины, без оформления разрешения на использование труда иностранца или лица без гражданства. Положение пункта 13 Порядка корреспондируется с пунктом 2 статьи 6 Закона «О занятости

²⁸ Газета «Урядовый курьер» от 14 апреля 2009 года №67.

населения», в соответствии с которым законодательство о занятости распространяется на постоянно проживающих в Украине иностранцев и лиц без гражданства.

Следовательно, все вышеперечисленные категории иностранцев имеют доступ к рынку труда в Украине без получения разрешения работодателем на использование их труда.

3.2.2 Иностранцы и лица без гражданства, которые на иных законных основаниях находятся на территории Украины, включая лиц, пользующихся дополнительной и временной формами защиты

Следует отметить, что пункт 2 статьи 6 закона «О занятости населения» не упоминает тех категорий иностранцев, которые на иных законных основаниях находятся на территории Украины. В частности, в соответствии с пунктом 10 статьи 1 Закона Украины «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства» иностранцы и лица без гражданства, которые временно проживают в Украине – это иностранцы и лица без гражданства, которые получили вид на временное проживание, если иное не установлено законом. Согласно пункту 3 статьи 4 Закона «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства» иностранцы и лица без гражданства, которых признано лицами, нуждающимися в дополнительной защите или которым предоставлено временную защиту в Украине, считаются таковыми, которые на законных основаниях временно проживают на территории Украины на период действия обстоятельств, при наличии которых дополнительная или временная защита были предоставлены. Временное проживание на территории Украины таких иностранцев и лиц без гражданства подтверждается удостоверением лица, нуждающегося в дополнительной защите в Украине или удостоверением лица, которому предоставлено временную защиту в Украине. При этом следует отметить, что в соответствии с абзацем третьим части первой статьи 15 Закона «О беженцах и лицах, нуждающихся в дополнительной или временной защите» лицо, признанное нуждающимся в дополнительной защите имеет равные с гражданами Украины права на труд. Следовательно, пункт 2 статьи 6 Закона «О занятости населения» должен быть приведен в соответствие с вышеуказанным положением.

В соответствии с абзацем вторым статьи 13 Закона «О беженцах и лицах, нуждающихся в дополнительной или временной защите» лицо, в отношении которого принято решение об оформлении документов для решения вопроса о признании беженцем или лицом, нуждающимся в дополнительной защите, имеет право на временное трудоустройство в порядке, установленном законодательством Украины.

Согласно части второй статьи 17 этого Закона лицо, в отношении которого принято решение об отказе в оформлении документов для решения вопроса о признании беженцем или лицом, нуждающимся в дополнительной защите, об отказе в признании беженцем или лицом, нуждающимся в дополнительной защите, утрате или лишении статуса беженца или временной защиты, упразднении решения о признании беженцем или лицом, нуждающимся в дополнительной защите, а также которое обжалует соответствующее решение в специально уполномоченный орган исполнительной власти по вопросам миграции или в суд, до принятия решения по жалобе имеет право на временное трудоустройство в порядке, установленном законодательством Украины.

В соответствии с пунктом 4 статьи 26 этого же Закона порядок трудоустройства лиц, в отношении которых принято решение об оформлении документов для решения вопроса о признании беженцами или лицами, нуждающимися в дополнительной защите, определяется Кабинетом Министров Украины. В настоящее время такой порядок Кабинетом Министров Украины не определен.

Согласно абзацу четвертому части первой статьи 20 анализируемого Закона лица, которым предоставлено временную защиту, имеют право на получение работы в Украине на срок, на

который предоставлено временную защиту. В соответствии с частью третьей статьи 20 этого же Закона специально уполномоченный орган исполнительной власти по вопросам труда и социальной политики, его органы на местах по возможности оказывают лицам, в отношении которых принято решение об оформлении документов для решения вопроса о признании их беженцем или лицом, нуждающимся в дополнительной защите, которых признано беженцем или лицом, нуждающимся в дополнительной защите, помощь в трудоустройстве.

Исходя из вышеизложенного, законодательство о занятости населения должно быть приведено в соответствие с положениями Закона «О беженцах и лицах, нуждающихся в дополнительной или временной защите».

3.2.3 Иностранцы и лица без гражданства, въезжающих с целью трудоустройства

В соответствии с пунктом 2 статьи 8 Закона «О занятости населения» работодатели имеют право на использование труда иностранцев и лиц без гражданства на условиях трудового договора только при наличии выданного работодателю государственной службой занятости разрешения на использование труда иностранцев и лиц без гражданства, если иное не предусмотрено международными договорами Украины, согласие на обязательность которых предоставлено Верховным Советом Украины.

Согласно пункту 3 статьи 8 Закона «О занятости населения» порядок выдачи, продления срока действия и аннулирования разрешений на использование труда иностранцев и лиц без гражданства определяется Кабинетом Министров Украины. Следует отметить, что вышеизложенные правила были введены Законом «О внесении изменений в некоторые законы Украины в отношении уменьшения влияния мирового финансового кризиса на сферу занятости населения»²⁹ от 25 декабря 2008 года. До вступления в силу указанного Закона часть вторая статьи 8 Закона «О занятости населения» предусматривала, что иностранцы и лица без гражданства, кроме нанятых в соответствии с договорами о распределении продукции, которые прибыли в Украину на установленный срок, получают право на трудовую деятельность только при наличии у них разрешения на трудоустройство, выданного государственной службой занятости, если иное не предусмотрено международными договорами Украины. Трудоустройство иностранцев, нанятых инвестором в пределах и по должностям (специальностью), определенными договором о распределении продукции, осуществлялось без получения разрешения на трудоустройство. Как очевидно, это положение распространяло требование о получении разрешения на трудоустройство для всех иностранцев и лиц без гражданства, прибывших в Украину на определенный срок. При этом комментированное положение не указывало конкретную цель такого прибытия.

Таким образом, до вступления в силу Закона от 25 декабря 2008 года условием трудоустройства иностранцев и лиц без гражданства, прибывших в Украину на определенный срок, было наличие индивидуального разрешения на трудоустройство.

Порядок выдачи, продления срока действия и аннулирования разрешений на использование труда иностранцев и лиц без гражданства утвержден постановлением Кабинета Министров от 8 апреля 2009 года №332. В связи с принятием этого постановления постановление Кабинета Министров от 1 ноября 1999 года №2028 «Об утверждении Порядка оформления иностранцам и лицам без гражданства разрешения на трудоустройство» утратило силу. В соответствии с пунктом 1 Порядка этот Порядок определяет процедуру выдачи, продление срока действия и аннулирования разрешений на использование труда иностранцев и лиц без гражданства. Действие этого Порядка распространяется также на иностранцев, направленных иностранными субъектами хозяйствования в Украину для выполнения определенного объема работ или предоставления услуг на основании

²⁹ Газета «Урядовый курьер» от 13 января 2009 года №3.

договоров (контрактов), заключенных между украинскими и иностранными субъектами хозяйствования и иностранцев, которые в соответствии с графиком специфических услуг в секторе услуг Протокола о вступлении Украины в ВТО (статья II Генерального Соглашения о торговле услугами) принадлежит к категории «внутрикорпоративные цессионарии» и «лица, предоставляющие услуги без коммерческого присутствия в Украине».

Пунктом 2 Порядка установлено, что разрешение на использование труда иностранца и лица без гражданства, предоставляющее право работодателю временно использовать труд иностранца и лица без гражданства на конкретном рабочем месте или определенной должности, выдается работодателю в случае отсутствия в стране (регионе) работников. Могущих выполнять определенные работы, при наличии достаточных оснований целесообразности использовать труд иностранца, если иное не предусмотрено международными договорами Украины, согласие на обязательность которых предоставлено Верховным Советом Украины. Этим же пунктом установлено, что разрешение на использование труда иностранца или лица без гражданства выдается работодателю Государственным центром занятости или по его поручению центром занятости Автономной Республики Крым, областными, киевским и Севастопольским городскими центрами занятости. Также предусмотрено, что разрешение на использование труда иностранца выдается работодателю, зарегистрированному в центре как плательщику страховых взносов в Фонд общеобязательного государственного социального страхования Украины на случай безработицы и иное имеет задолженности перед ним.

Пунктом 3 Порядка установлено, что для рассмотрения поданных работодателем документов и предоставления соответствующих рекомендаций при центре создается комиссия, в состав которой включаются представители территориальных органов Государственной миграционной Службы, службы безопасности, государственной пограничной и государственной налоговой служб, а также иных заинтересованных органов.

Пунктом 5 Порядка установленных перечень документов, подача которых необходима для получения разрешения на использование труда иностранца или лица без гражданства: для получения разрешения на использование труда иностранца или лица без гражданства необходимо подать 15 документов.³⁰

В соответствии с пунктом 8 Порядка все выданные иностранцам и лицам без гражданства иностранным государством и составленные иностранным языком документы, должны быть переведены на украинский язык, удостоверены в соответствии с законодательством страны их выдачи и легализованы в Министерстве иностранных дел, если международными договорами

³⁰ заявление; две цветные фотографии; обоснование целесообразности использования труда иностранца и лица без гражданства и возможность создания для него соответствующих условий для пребывания и работы; документ, оформленный в установленном порядке, удостоверяющий право лица представлять интересы работодателя в центре занятости; справка органа государственной налоговой службы об уплате работодателем налогов и сборов (обязательных платежей); справка центра занятости об отсутствии у работодателя задолженности перед фондом; квитанция о внесении платы за рассмотрение заявления; копия проекта трудового договора (контракта), удостоверенная работодателем; справка скрепленная печатью и заверенная подписью работодателя (в случае наличия на предприятии режимно-секретного органа также подписана его руководителем), о том что рабочее место или должность, на которых используется труд иностранца в соответствии с законодательством не связаны с принадлежностью к гражданству Украины и не требуют предоставления доступа к государственной тайне; справка органа внутренних дел об отсутствии (наличии) судимости у иностранца или лица без гражданства, который на момент оформления разрешения находится за пределами Украины, не отбывает наказание за совершение преступления и не находится под следствием; копия устава работодателя, удостоверенная в установленном порядке; копии документов об образовании или квалификации иностранца или лица без гражданства; копии страниц паспортного документа иностранца или лица без гражданства, содержащего основные идентификационные сведения; выписка или извлечение из Единого государственного регистра юридических лиц и физических лиц-предпринимателей.

Украины, согласие на обязательность которых предоставлено Верховным Советом, не предусмотрено иное.

Согласно пункту 9 Порядка решение о выдаче или отказе в выдаче разрешения на использование труда иностранца и лица без гражданства, продление срока его действия принимается в срок, не превышающий 30 календарных дней со дня получения пакета документов, предусмотренных этим Порядком. О принятии решения центр письменно сообщает работодателя.

В соответствии с пунктом 10 Порядка разрешение на использование труда иностранца выдается на срок до одного года. Для продления срока действия указанного решения работодатель подат в Центр занятости не позже чем за месяц до окончания срока действия разрешения, документы, указанные в этом Порядке. Разрешение на использование труда иностранца, принадлежащего к категории «внутрикорпоративные цессионарии» или «лица, предоставляющие услуги без коммерческого присутствия в Украине», выдается на срок не более чем три года. Срок действия указанного разрешения может быть продлен на два года.

Комплексный анализ положений части второй статьи 8 Закона Украины «О занятости населения» и вышеприведенных положений Порядка дает основание сделать вывод, что право на получение разрешения на трудоустройство у иностранца или лица без гражданства как таковое не существует, поскольку речь идет о праве работодателя на использование труда иностранцев и лиц без гражданства.

По мнению автора, пункт 13 Порядка не согласовывается с положениями международных договоров Украины, регулирующих вопросы доступа иностранцев и лиц без гражданства к рынку труда в Украине. Как правило, все соглашения предусматривают обязательным условием доступа к рынку труда получение иностранцем или лицом без гражданства индивидуального разрешения на трудоустройство в Украине, в порядке, предусмотренном национальным законодательством. Однако в пункте 13 Порядка речь идет о праве работодателей на использование труда иностранцев или лиц без гражданства в случаях, предусмотренных международными договорами Украины, согласие на обязательность которых предоставлено Верховным Советом Украины, без оформления разрешения на использование труда иностранцев или лиц без гражданства. Во-первых, это положение не содержит ответа на вопрос, о каких соглашениях Украины в данном случае идет речь. Во-вторых, возникла ситуация, при которой действующие международные соглашения содержат положение о необходимости получения иностранцем или лицом без гражданства разрешения на трудоустройство, а национальное законодательство не устанавливает порядок получения такого разрешения в индивидуальном порядке.

В соответствии с пунктом 14 Порядка вне зависимости от состояния рынка труда и тенденций его развития, разрешение на использование труда иностранца или лица без гражданства не выдается и срок его действия не продлевается, если:

- в документах, предоставленных для оформления разрешения, содержатся сведения, противоречащие требованиям законодательства и международных договоров Украины, согласие на обязательность которых предоставлено Верховным Советом Украины;
- трудовым договором (контрактом) предусмотрено условия труда иностранца и лица без гражданства хуже, а размер заработной платы меньше, чем для граждан Украины, выполняющих аналогичную работу;
- работодатель имеет намерение нанять иностранца или лицо без гражданства на работу, которая в соответствии с законодательством связана с принадлежностью к гражданству Украины и/или требует допуска к государственной тайне;

- выявлены факты подачи работодателем заведомо ложных сведений или поддельных документов;
- есть решение соответствующих органов о выдворении иностранца или лица без гражданства за пределы Украины;
- прошло менее одного года от даты предыдущего отказа иностранцу или лицу без гражданства в оформлении визы ИМ-1 или аннулирования предыдущего разрешения;
- работодатель имеет задолженность перед Фондом;
- иностранец или лицо без гражданства на момент оформления разрешения отбывает наказание за совершение преступления или находится под следствием;
- работодатель нарушил сроки подачи документов на продление срока действия разрешения;
- вследствие изменения на рынке труда в стране (регионе) отпадает необходимость использования работодателем труда иностранца.

Пунктом 15 Порядка установлено, что за рассмотрение заявления о предоставлении разрешения на использование труда иностранца и продление срока его действия с работодателя изымается плата в размере четырех минимальных заработных плат³¹, средства от которой направляются в Фонд.

Пунктом 16 Порядка установлены основания для аннулирования разрешения на использование труда иностранца и лица без гражданства. В частности, разрешение на использование труда иностранца или лица без гражданства аннулируется в случае:

- досрочного расторжения с работодателем трудового договора (контракта);
- установление факта подделки документов или предоставления работодателем неправдивых сведений в документах, на основании которых выдано разрешение (продлено срок его действия);
- сокращение срока временного пребывания иностранца или лица без гражданства в Украине в установленном законодательством порядке или его выдворение за пределы Украины;
- установление факта использования труда иностранца или лица без гражданства на иных основаниях, чем те, которые указаны в разрешении на использование труда иностранца, или иным работодателем.

Об аннулировании разрешения на использование труда иностранца или лица без гражданства центр занятости на протяжении трех рабочих дней информирует территориальные органы Государственной миграционной службы и органы государственной пограничной службы.

Таким образом, положения статьи 8 Закона Украины «О занятости населения» и Порядка направлены, по существу, на ограничение притока иностранной рабочей силы в Украину. Такие ограничения введены Законом Украины «О внесении изменений в некоторые законы Украины в отношении уменьшения влияния мирового экономического кризиса на сферу занятости населения».

3.3 Условия въезда и пребывания

Пункт 11 Порядка выдачи, продления срока действия и аннулирования разрешений на использование труда иностранцев и лиц без гражданства устанавливает, что разрешение на использование труда иностранца является основанием для получения иностранцем визы

³¹ Размер минимальной заработной платы устанавливается Законом о государственном бюджете на текущий год.

соответствующего типа, регистрации места временного проживания в Украине и оформления вида на временное жительство на срок действия разрешения. Этим же пунктом установлено, что продление срока действия разрешения на использование труда иностранца или лица без гражданства является основанием для обращения работодателя и иностранца или лица без гражданства в территориальный орган или подразделение Государственной миграционной службы о продлении срока пребывания иностранца на территории Украины и оформления нового вида на временное жительство в Украине.

В соответствии с пунктом 12 Порядка удостоверенные в установленном порядке копии разрешения на использование труда иностранца или лица без гражданства работодатель подает иностранцу или лицу без гражданства, направляет консульскому учреждению Украины по месту постоянного проживания иностранца или лица без гражданства с целью оформления визы соответствующего типа для въезда его в Украину, а также территориального органа или подразделения Государственной миграционной службы для регистрации временного проживания иностранца в Украине.

Порядок выдачи виз регулируется постановлением Кабинета Министров от 1 июня 2011 года №567 «Об утверждении Правил оформления виз на въезд в Украину и транзитного проезда через ее территорию»³², а также Инструкцией о порядке оформления иностранцам и лицам без гражданства виз для въезда в Украину и транзитного проезда через ее территорию, утвержденную приказом Министерства иностранных дел 26 июля 2011 года №196³³.

В соответствии с частью четвертой статьи 4 Закона «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства» иностранцы и лица без гражданства, которые в соответствии с законом прибыли в Украину для трудоустройства и получили вид на временное жительство, считаются таковыми, которые на законных основаниях находятся на территории Украины на период работы в Украине.

Согласно части четвертой статьи 5 этого Закона основанием для выдачи вида на временное жительство в случае, предусмотренном частью четвертой статьи 4 этого Закона, является заявление иностранца и лица без гражданства, действительный полис медицинского страхования, разрешение на использования труда иностранцев и лиц без гражданства и обязательство работодателя проинформировать центральный орган исполнительной власти, обеспечивающий реализацию государственной политики в сфере миграции, и государственную службу занятости о досрочном расторжении или прекращении трудового договора (контракта) с таким иностранцем или лицом без гражданства.

В соответствии с абзацем восьмым статьи 15 Закона «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства» иностранцы и лица без гражданства, которые находятся в Украине в связи с трудоустройством, осуществляют въезд в Украину и выезд из Украины по паспортному документу и виду на временное жительство.

В соответствии с частью восьмой статьи 4 Закона «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства» иностранцы и лица без гражданства, прибывшие в Украину для работы в представительствах иностранных субъектов хозяйствования в Украине, зарегистрированных в установленном порядке, и получили вид на временное жительство, считаются таковыми, которые на законных основаниях находятся на территории Украины на период работы в Украине.

Согласно части восьмой статьи 5 этого Закона основанием для выдачи вида на временное жительство в случае, предусмотренном частью восьмой статьи 4 этого Закона, является заявление иностранца и лица без гражданства, действительный полис медицинского

³² Официальный вестник Украины от 10 июня 2011 года, №41, стр.91, ст.1681.

³³ Официальный вестник Украины от 2 сентября 2011 года, №65, стр.61, ст.2545.

страхования, представление иностранного субъекта хозяйствования в Украине и копия свидетельства о регистрации такого представительства.

В соответствии с абзацем двенадцатым статьи 15 Закона «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства» иностранцы и лица без гражданства, работающие в представительствах иностранных субъектов хозяйствования в Украине, осуществляют въезд в Украину и выезд из Украины по паспортному документу и виду на временное жительство.

В соответствии с частью девятой статьи 4 Закона «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства» иностранцы и лица без гражданства, которые прибыли в Украину для работы в филиалах или представительствах иностранных банков, зарегистрированных в установленном порядке, и получили вид на временное жительство, считаются таковыми, которые на законных основаниях находятся на территории Украины на период работы в Украине.

Согласно части девятой статьи 5 этого Закона основанием для выдачи вида на временное жительство в случае, предусмотренном частью девятой статьи 4 этого Закона, является заявление иностранца и лица без гражданства, действительный полис медицинского страхования, представление соответствующего филиала или представительства иностранного банка в Украине и копия свидетельства об аккредитации филиала или представительства.

В соответствии с абзацем тринадцатым статьи 15 Закона «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства» иностранцы и лица без гражданства, работающие в филиалах или представительствах иностранных банков на территории Украины, осуществляют въезд в Украину и выезд из Украины по паспортному документу и виду на временное жительство.

Следует также принимать во внимание, что национальное законодательство предусматривает въезд в Украину с целью трудоустройства не только на временном, но и на постоянном основании. Эти вопросы регулируются Законом «Об иммиграции». В соответствии с абзацем вторым данного Закона иммиграция – это прибытие в Украину или оставление в Украине в установленном законом порядке иностранцев и лиц без гражданства на постоянное проживание. Согласно абзацу третьему статьи 1 Закона иммигрант – это иностранец или лицо без гражданства, получившие разрешение на иммиграцию и прибывшие в Украину на постоянное проживание, или, находясь в Украине на законных основаниях, получили разрешение на иммиграцию и остались в Украине на постоянное проживание.

В соответствии с пунктами 1 и 2 части второй статьи 4 Закона «Об иммиграции» квота иммиграции (граничное количество иностранцев и лиц без гражданства, которым предусмотрено предоставить разрешение на иммиграцию на протяжении календарного года) устанавливается Кабинетом Министров Украины в установленном им порядке по категориям иммигрантов:

- деятели науки и культуры, иммиграция которых соответствует интересам Украины;
- высококвалифицированные специалисты и рабочие, острая потребность в которых является ощутимой для экономики Украины.

Согласно части пятой статьи 9 Закона Украины «Об иммиграции» для предоставления разрешения на иммиграцию к заявлению прилагаются следующие документы:

1. три фотографии;
2. копия документа, удостоверяющего личность;
3. документ о месте проживания лица;
4. сведения о составе семьи, копия свидетельства о браке (если лицо, подающее заявление, состоит в браке);
5. документ о том, что лицо не болев хроническим алкоголизмом, токсикоманией, наркоманией или инфекционными заболеваниями, перечень которых определен

центральным органом исполнительной власти по вопросам здравоохранения. Требования пункта 5 части пятой статьи 9 Закона не распространяются на деятелей науки и культуры, иммиграция которых соответствует интересам Украины.

Высококвалифицированные специалисты и рабочие, острая необходимость в которых является ощутимой для экономики Украины, подают копии документов, подтверждающих соответствие уровня квалификации специалиста или рабочего требованиям, предусмотренным в перечне, утвержденным центральным органом исполнительной власти по вопросам труда и социальной политики. Однако такой перечень до настоящего времени не утвержден, хотя с момента вступления в силу Закона «Об иммиграции» прошло уже почти 11 лет.

В соответствии с частью первой статьи 11 Закона Украины «Об иммиграции» лицу, которое постоянно проживает за пределами Украины и получило разрешение на иммиграцию, дипломатическое представительство или консульское учреждение Украины по его обращению оформляют иммиграционную визу, являющуюся действительной на протяжении года со дня ее оформления. Указанное лицо въезжает на территорию Украины в порядке, установленном законодательством Украины.

Согласно части второй статьи 11 Закона Украины «Об иммиграции» после прибытия иностранца в Украину он должен обратиться в течение пяти рабочих дней в орган специально уполномоченного органа исполнительной власти по вопросам иммиграции по месту жительства с заявлением о выдаче ему вида на постоянное проживание. К заявлению должны подаваться копия паспортного документа заявителя с проставленной в нем иммиграционной визой, и копия решения о предоставлении разрешения на иммиграцию.

В соответствии с частью третьей статьи 11 этого Закона орган специально уполномоченного центрального органа исполнительной власти по вопросам иммиграции в течение недели со дня принятия заявления выдает иммигранту вид на постоянное жительство.

Часть четвертая статьи 11 Закона устанавливает, что лицу, которое находится на законных основаниях в Украине и получило разрешение на иммиграцию, орган специально уполномоченного центрального органа исполнительной власти по вопросам иммиграции по месту его жительства выдает вид на постоянное жительство в течение недели со дня подачи им соответствующего заявления.

3.4 Порядок формирования квоты иммиграции

Порядок формирования квоты иммиграции утвержден постановлением Кабинета Министров Украины от 26 декабря 2002 года №1983 «Об утверждении Порядка формирования квоты иммиграции, Порядка производства по заявлениям о предоставлении разрешения на иммиграцию и представлениям о его упразднении и выполнении принятых решений, Порядка оформления и выдачи вида на жительство»³⁴.

В соответствии с пунктом 2 вышеуказанного Порядка предложения об установлении квоты иммиграции на следующий календарный год в отношении деятелей культуры, иммиграция которых соответствует интересам Украины, подает Министерство культуры; в отношении деятелей науки, иммиграция которых соответствует интересам Украины – Министерство образования; в отношении высококвалифицированных специалистов и рабочих, острая потребность в которых является ощутимой для экономики Украины – Министерство труда.

Совет Министров Автономной Республики Крым, областные, киевская и Севастопольская городские госадминистрации подают предложения в отношении граничной численности

³⁴ Официальный вестник Украины от 10 января 2003 года, №52, стр.132, ст.2400.

иммигрантов, которые могут быть приняты на протяжении календарного года соответствующим регионам (по категориям иммигрантов).

Таким образом, квота иммиграции формируется по отраслевому и региональному критериям.

Следует отметить, что на протяжении последних десяти лет, начиная с 2003 года, Кабинет Министров Украины ежегодно устанавливает квоту иммиграции. В 2003, 2004, 2005 годах квота иммиграции для деятелей науки и культуры, иммиграция которых отвечает интересам Украины, а также иностранцев и лиц без гражданства, являющихся высококвалифицированными специалистами и рабочими, острая необходимость в которых является ощутимой для экономики Украины, в соответствующих распоряжениях Кабинета Министров Украины не упоминалась. Начиная с 2006 года Кабинет Министров начал устанавливать квоту для деятелей науки и культуры, иммиграция которых отвечает интересам Украины: в 2006 году – 676 лиц, в 2007 – 675 лиц, в 2008 – 345 лиц, в 2009 – 345 лиц, в 2010 – 345 лиц, в 2011 – 45 лиц, в 2012 – 285 лиц.

В тоже время квота для иностранцев и лиц без гражданства, являющихся высококвалифицированными специалистами и рабочими, острая необходимость в которых является ощутимой для экономики Украины, за 10 лет ни разу не устанавливалась.

Следовательно, Министерство социальной политики Украины (бывшее Минтруда) не видит необходимости в привлечении в Украину иностранной рабочей силы на постоянном основании.

3.5 Правовые меры для предотвращения и санкции за нелегальную трудовую миграцию

Согласно части четвертой статьи 8 закона Украины «О занятости населения» в случае использования работодателем труда иностранцев и лиц без гражданства на условиях трудового договора без разрешения на использование труда иностранцев и лиц без гражданства, Служба занятости взыскивает в работодателя штраф за каждое такое лицо в двадцатикратном размере минимальной заработной платы, установленной законом. Порядок наложения штрафа определяется центральным органом исполнительной власти в сфере труда и социальной политики. Этим же пунктом предусмотрено, что в случае неуплаты (или отказа от уплаты) на протяжении месяца в добровольном порядке указанного штрафа, его взыскание проводится в установленном законом порядке. Средства от взыскания штрафов направляются в Фонд общеобязательного государственного социального страхования на случай безработицы. Такое же правило предусмотрено пунктом 19 Порядка выдачи, продления срока действия и аннулирования разрешений на использование труда иностранцев и лиц без гражданства.

В соответствии с пунктом 17 Порядка работодатель в течение трех рабочих дней от даты начала и прекращения работы иностранца или лица без гражданства письменно сообщает центру занятости о дате начала и прекращения работы, обеспечивает регистрацию паспортного документа иностранца или лица без гражданства в соответствующем территориальном органе или подразделении Государственной миграционной службе, о чем на протяжении пяти рабочих дней информирует центр занятости.

Пунктом 18 Порядка установлено: если иностранец без уважительных причин не приступил к работе в предусмотренный трудовым договором (контрактом) срок, работодатель на протяжении трех рабочих дней должен письменно сообщить об этом соответствующие территориальные органы Государственной миграционной службы и органы пограничной службы и центр занятости. В случае аннулирования разрешения на использование труда иностранца или лица без гражданства, или в случае когда иностранец или лицо без гражданства без уважительных причин не приступят к работе в предусмотренный трудовым договором (контрактом) срок, иностранец или лицо без гражданства могут быть выдворены за пределы Украины. Работодатель, пригласивший к себе на работу такого иностранца или лица без

гражданства, погашает государству затраты, связанные с его выдворением, в порядке, установленном законом.

Следует отметить, что вышеизложенное положение не приведено в соответствие с Законом Украины «О правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства», который предусматривает процедуры добровольного возвращения иностранцев и лиц без гражданства (статья 25 Закона), принудительного возвращения иностранцев и лиц без гражданства (статья 26 Закона), принудительного выдворения иностранцев и лиц без гражданства (статья 30 Закона).

В Украине также установлена административная ответственность за нарушение порядка трудоустройства.

В соответствии со статьей 204 Кодекса Украины об административных правонарушениях³⁵ нарушение должностными лицами предприятий, учреждений и организаций независимо от форм собственности, в том числе иностранных субъектов хозяйственной деятельности, которые действуют на территории Украины, установленного порядка трудоустройства, прием на учебу иностранцев и лиц без гражданства, предоставление им жилья, а также иные нарушения, если они каким-либо образом содействуют иностранцам и лицам без гражданства в уклонении от выезда из Украины после окончания срока пребывания или на их незаконную регистрацию, оформление документов на проживание, - влекут за собой наложение штрафа от ста до двухсот необлагаемых налогом минимумов доходов граждан.

В соответствии с пунктом 20 Порядка выдачи, продления срока действия и аннулирования разрешений на использование труда иностранцев и лиц без гражданства центр занятости проводит обследование работодателей в отношении возможности обеспечения ими необходимых условий пребывания и работы иностранцев, анализирует эффективность использования их труда в течение срока действия разрешения на использование труда и в случае необходимости информируют Государственный центр занятости.

Таким образом, национальное законодательство Украины в настоящее время регулирует доступ к рынку труда иностранцев и лиц без гражданства постоянно проживающих в Украине, иностранцев и лиц без гражданства, въезжающих в Украину с целью трудоустройства на временном основании, а также постоянную трудовую иммиграцию, то есть возможность получения иностранцами и лицами без гражданства разрешения на постоянное проживание для интеллектуальной и высококвалифицированной рабочей силы.

При этом законодательство по существу ограничивает привлечение иностранной рабочей силы на временном основании, заменив три года тому возможность получения индивидуального разрешения на трудоустройство для иностранцев и лиц без гражданства разрешением работодателя на использование труда иностранцев и лиц без гражданства.

Несмотря на то, что Законом «Об иммиграции» урегулирован порядок привлечения высококвалифицированной иностранной рабочей силы, на практике эти положения законодательства не применяются. В частности, на протяжении последних десяти лет ни разу не устанавливалась квота иммиграции для высококвалифицированных рабочих.

3.6 Основные вызовы на практике и институциональном применении национальной правовой системы в трудовой иммиграции

Следует отметить, что Концепция государственной миграционной политики, утвержденная Указом Президента Украины от 30 мая 2011 года №622, не содержит четких стратегических направлений реализации государственной миграционной политики Украины и механизмов их реализации в сфере доступа иностранцев и лиц без гражданства к рынку труда в Украине.

³⁵ Ведомости Верховного Совета УССР от 18 декабря 1984 года, №51, ст.1122.

Краеугольным камнем в сфере трудовой миграции Концепция рассматривает проблемы, связанные с выездом граждан Украины за пределы Украины с целью трудоустройства.

Исходя из того, что Концепция одним из заданий в реализации положений Концепции в сфере возвращения эмигрантов в Украину предусматривает подготовку и выполнение нормативно-правовых актов с целью защиты отечественного рынка труда, следовательно, это может являться косвенным ограничением доступа к рынку труда в Украине иностранцев и лиц без гражданства.

Поскольку теоретически Концепция должна базироваться на экономических и демографических исследованиях состояния национального рынка труда, есть основания сделать вывод, что такие исследования не учтены в полной мере, поскольку в значительной части исследований обосновывается необходимость привлечения в Украину иностранной рабочей силы.

Одним из основных механизмов реализации государственной миграционной политики в сфере иммиграции Концепция называет стимулирование иммиграционных потоков в Украину в зависимости от инвестиционных, научных и культурных потребностей государства, создание благоприятных условий для возвращения в Украину деятелей науки и культуры, квалифицированных специалистов и рабочих, острая потребность в которых является ощутимой для национальной экономики, их интеграцию в украинское общество.

Следует отметить, что данное положение имеет неоднозначное содержание. С одной стороны, если речь идет об иммиграции, то в этом контексте некорректным является утверждение о возвращении в Украину деятелей науки и культуры, квалифицированных специалистов и рабочих, поскольку это реэмиграция, а не иммиграция.

С другой стороны, аналогичное положение содержится в пунктах 1 и 2 части второй статьи 4 закона Украины «Об иммиграции»: деятели науки и культуры, иммиграция которых соответствует интересам Украины и высококвалифицированные специалисты и рабочие, острая необходимость в которых является ощутимой для экономики Украины, названы категориями иммигрантов, для которых устанавливается квота иммиграции.

Такой подход в Концепции к вопросу трудовой иммиграции дает основание сделать вывод о том, что привлечение высококвалифицированной иностранной рабочей силы на основании Закона «Об иммиграции» заменено положением о возвращении в Украину национальной рабочей силы, соответствующей таковым требованиям.

Следовательно, основным вызовом на сегодня является четкое определение государственной политики в сфере привлечения иностранной рабочей силы. Без такого определения невозможно развитие национального законодательства, регулирующего вопросы доступа иностранцев и лиц без гражданства к рынку труда в Украине.

3.7 Рекомендации

С целью усовершенствования национальной правовой системы необходимо консолидировать законодательство Украины в сфере трудовой иммиграции, путем разработки проекта закона о порядке привлечения иностранной трудовой силы в Украине.

Процедура получения разрешения работодателем труда иностранцев и лиц без гражданства на первом этапе должна быть упрощена, а в последствие заменена получением индивидуального разрешения иностранцем или лицом без гражданства на трудоустройство в Украине.

По мнению автора, в сфере трудовой иммиграции необходимо преодолеть, прежде всего, разрыв между законодательством и практикой его применения. В частности, на протяжении последних десяти лет в Украине не реализуются положения Закона Украины «Об иммиграции»

в части привлечения высококвалифицированных специалистов и рабочих. В частности, нынешнему Министерству социальной политики необходимо разработать подзаконные нормативно-правовые акты, направленные на реализацию этого Закона.

Также, на национальном уровне необходимо разработать нормативно-правовые акты, направленные на реализацию двусторонних соглашений в сфере трудовой миграции.

С целью разработки механизма реализации двусторонних соглашений необходимо провести мониторинг выполнения двусторонних соглашений в сфере трудовой миграции с целью оценки их эффективности.